Lehre zu stellen, und die Kühnheit seiner Bilder verschafften den Vorträgen Thibauts in den Herzen seiner Zuhörer Eingang, auf eine Weise welche die trockene noch so gelehrte Entwickelung nicht zu bewirken vermocht hätte. Thibaut, ferne von Hochmuth und Neid, und Rechthaberei, ehrte jede fremde Meinung, erkannte gerne, daß er auch von seinen Gegnern viel gelernt habe; jede neue erscheinende Schrift wurde von ihm benutzt; jeder junge Schriftsteller wurde von ihm aufgemuntert. Feind der Affectation und Vornehmthuerei, die sein Witz geiselte, war Thibaut der liebevollste Freund, der verträglichste College. Eigennutz war seiner Seele fremd. Bereitwilligkeit Jedem zu dienen, welcher der Hülfe bedurfte — und zwar auf eine Weise die kein Opfer scheute, zu helfen war ein Hauptzug seines Charakters.

Mittermaier.

VI.

Inwiefern ist das Berufen auf die s. g. Lex Anastasiana eine Einrede und der Beweis vom debitor cessus zu führen?

Von Herrn Dr. **T. Brackenhoeft.**

Es ist neuerdings die Frage über die Beweislast in Betreff der s. g. exceptio legis Anastasianae wiederum einer Prüfung unterzogen, und diese Beweislast aus mehrfachen Gründen dem debitor cessus auferlegt worden [1]). Wenn nun auch diese neue Untersuchung den Verfasser veranlaßt hat, mit den vorliegenden Bemerkungen hervorzutreten, so ist es doch keineswegs seine Absicht jene neuerdings aufge-

---

1) Burchardi im Archiv für civ. Praxis Bd. XVIII. Nro VIII S. 197 ff.

stellten Gründe gradeswegs zu bekämpfen, sondern vielmehr nur die, darauf aufmerksam zu machen; daß die von Justinian über den fraglichen Punkt gegebenen Vorschriften den Fall voraussetzen, daß die Cession unter einer simulirten Schenkung, oder, was Justinian dieser gleich achtet, in Folge eines Verkaufs unter der ausdrücklichen Hinzufügung daß ein Theil geschenkt sey, geschehen, und daß, je nach dem eine solche Simulation stattgefunden hat oder nicht, die Folgen der um einen zu geringen Preis geschehenen Cession verschieden sind; daß nemlich nur im erstern Falle eine Befreiung des debitor cessus von der Forderung, oder dem Theile für welchen keine Valuta gegeben ist, eintritt; und daß endlich die Beweislast verschieden seyn muß, je nachdem die Berufung auf das betreffende Gesetz als eine Bestreitung der Legitimation des Cessionars, oder als eine Behauptung der Tilgung der Forderung oder eines Theils derselben, erscheint. Daß man dem Einwande aus der s. g. Lex Anastasiana diese letztere Eigenschaft für alle Fälle beigelegt, hat wohl die Hauptveranlassung gegeben, daß bisweilen die Beweislast unbedingt auf den debitor cessus gewälzt worden, ohne daß dies jedoch nach den Regeln des Beweises gerechtfertigt erscheinen konnte; welche vielmehr, wo blos die Legitimation des Cessionars in Frage steht, dafür reden diesem den Beweis aufzuerlegen. — Wenn die gegenwärtige Erörterung den Zweck hat, die angedeutete Ansicht darzulegen, so wird sie sich im Wesentlichen nur mit einer Auseinandersetzung des Inhalts der bekannten Vorschriften von Anastas und Justinian [2]) zu beschäftigen haben und nur gelegentlich dabei einschlagende gegenseitige Meinungen berücksichtigen dürfen.

§. 1.

Den Beweggrund zu seinem Gesetze gibt Anastasius folgendermaßen an:

wir haben erfahren, daß gewisse Leute, welche sich

2) L. 22. 23. C mandati vel contra (4 35).

auf Kosten Anderer zu bereichern trachten („alienis rebus fortunisque inhiantes") darauf ausgehen [3]) sich Cessionen der Klagerechte Anderer zu erwerben, und so (deshalb) denjenigen welche Klagen anstellen („personas litigatorum [4]) allerlei Besorgnisse erregen („diversis vexationibus [5]) afficere"): indem das ausgemacht ist, daß ein jeder seine unzweifelhaften Klage-

3) „Properare". — Cujacius obs L. 16. obs 24 liefet: „praeparare." Beide Worte drücken das Bestreben aus, die Uebertragung des Klagrechts herbeizuführen.

4) Der Ausdruck: „personae litigatorum," würde der Sprache nach auf die Partheien eines bereits anhängigen Prozesses gehen. Allein nach dem Zusammenhange sollen die vexationes durch das Bestreben die Cession zu erlangen, geschehen seyn; dieß wäre aber hinsichtlich solcher Partheien durch das ganz ausdrücklich schon von Constantin (L. 2 C. de litigi os: 8 37. vrgl. indeß Mühlenbruch d. Lehre von der Cession [3 Aufl.] §. 31. S. 383 ff.) ausgesprochene Verbot der cessio einer actio litigiosa schon vereitelt worden; jene Vexationen müssen also schon vor der Litiscontestation, stattgefunden haben. Gegen den künftigen Beklagten konnten sie auch nicht gerichtet seyn, sondern nur gegen den Kläger; und so wird unter litigator derjenige zu verstehen seyn, der eine Klage anzustellen hat, insbesondere aber derjenige der bereits die Ladung bewirkt, aber noch nicht zur L. C. geschritten ist. Das: „properare", dürfte sich dann auf die schnelle Betreibung der Uebertragung in der Frist zwischen der Ladung und L. C. (vgl. z. B. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. Bd. I. S. 249, 250, 258.) beziehen. — Jedoch ist das Gesetz selber darum nicht auf eine in diesem Verhältnisse geschehene Cession beschränkt.

5) Die allgemeine Bedeutung von: „vexare", wird man nur durch: „beunruhigen", geben können. Es fragt sich nur, welcher Art die Beunruhigung gewesen, von der hier die Rede ist. Anastas sagt, sie geschehe: weil diejenigen, welche gute Forderungen hätten, sie lieber selber gerichtlich geltend machten. Dies nun vorausgesetzt, so würde es bei Forderungen welche der Berechtigte als zweifelhaft betrachtet, keiner vexatio bedürfen; bei anderen Forderungen aber würde die vexatio nur dann zur Erlangung einer Cession führen können, wenn man ihm vorspiegelte, er werde wohl seinen Anspruch bei Gericht nicht durchsetzen. — Man wird daher die vexationes nicht mit Schönijahn: über die Zuläs-

rechte lieber selber geltend macht, als daß er sie auf Andere überträgt [6]).

Zu den Zeiten des Anastasius galt bekanntlich bereits die Regel, daß der Erwerber eines Klagerechts auch ohne ein besonderes mandatum in rem suam eine actio utilis anstellen dürfe [7]); übrigens war die Uebertragung der Klagerechte auf Andere bereits in Ansehung litigiöser Klagerechte [8]), und durch das Verbot der Aufstellung eines potentior [9]) be-

---

sigkeit des Anastas. Ges. gegen Wechselforderungen. Wolfenbüttel 1802 §. 2 Nro 2, auf die chicaneuse Geltendmachung im Prozesse beziehen dürfen.

6) Anastasus hatte also wohl mehr das Ankaufen guter, als das Ankaufen schlechter Forderungen im Auge, wiewohl seine Vorschrift indistincte auf alle geht.

7) Nach dem Fideicommissar und Erbschaftskäufer zunächst wohl bei der Verpfändung eines nomen: Alexander in L. 4 C. quae res pignori se (8. 17.), später allgemein: Diocletianus et Maximianus in L. 7 8 C. de actione vel hered: vendita (4 39). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 16. S. 188 ff.

8) Vgl. oben Not. 2.

9) Dioclet. et Maxim. L. 1 C. ne liceat potentior. (2 14). Arcadius, Honorius et Theodos: L. 2 C eod. Zunächst wird diese Vorschrift auf den Fall gehen, wo ein potentior als procurator in rem mandantis auftritt, es sey nun unentgeltlich (gratia) oder gegen Belohnung (redemptus); auf den Fall eines mandatum in rem suam aber nur, wenn es zu dem Zwecke ertheilt war um den Beistand des potentior zu erlangen, in welchem Falle denn auch die Cession in der Regel simulirt sein wird, auf welchen Fall die Bestimmung beschränkt. Mühlenbruch a. a. O. §. 30. S. 370 ff. S. auch Gesterding Irrth. S. 436 — 441. — Freilich redet L. 2 C. cit. allgemein von actiones ad potentiorum personas delatae; aber es zeigt sich doch aus dem fernern Inhalte daß von dem Falle die Rede ist, wo der ursprüngliche Creditor sich das patrocinium erkauft („redimunt“ vgl. indeß Mühlenbruch a. a. O. S. 374 375) und der potentior den Prozeß allein im Interesse des Mandanten und ohne eignes unmittelbares Interesse bei dem Ausfalle desselben führt; und hierin liegt der Unterschied zwischen der Stellung des potentior und des Cessionars der Lex Anastasiana. Die Form der Mandats-Ertheilung ist hier um so mehr gleichgültig, da das mandatum in rem suam, von dem in rem alienam in der

schränkt. Anastasius konnte also bei seinem Gesetze weder blos den Fall eines ausdrücklich ertheilten mandatum in rem suam [10]), noch auch jene bereits verbotenen Fälle vor Augen haben; vielmehr muß das Gesetz auf alle Fälle bezogen werden, wo jemand das Recht zur Anstellung einer fremden persönlichen [11]) Klage zum eigenen Nutzen gegen Zahlung eines Preises erwirbt, insofern sie nicht im Gesetze ausgenommen sind.

Form nicht verschieden zu sein brauchte. -- Jedoch konnte die Form natürlich den Beklagten eines Beweises überheben, entweder daß der klagende Mandatar procurator in rem suam, oder daß er procurator in rem mandantis. — Bei der Unterstellung eines potentior ist sowohl dieser (den für den Beklagten auftretend ein „notari" trifft — Arcadius et Honorius L. un. C. de his qui potentiorum nomine etc. 2 15, — was mit dem auch auf die Vertretung des Klägers gehenden „severa sententia vindicare" in L. 1 C. cit. gleichbedeutend sein möge) als sein Mandant (der, je nachdem er Kläger oder Beklagter, Anspruch oder Vertheidigung verliert), straffällig; und die Vorschrift geht auf „cujuscunque modi actiones", L. 2 C. cit. — Es ist aber nur von actores und procuratores, nicht von Advocaten die Rede; und Claudius, dem Diocletian und Maximian in L. 1 C. cit. die ältere Vorschrift dieser Art zuschreiben, ist M. Claudius (268—270, vgl Cujac. obs. L. 8 obs. 31, so daß an eine Verbindung mit dem Sctum Claudianum ad legem Ciciam aus dem Jahre 47 natürlich nicht zu denken ist. — Diese Bestimmung über den potentior gehört zunächst dem Prozeßrechte, die Lex Anastasiana dem Civilrechte an, wofür auch die Stellung im Codex redet.

10) Den Worten nach ist dies zwar der Fall. Der Zweck des Gesetzes wird es aber erheischen es auch auf solche Fälle zu beziehen, wo die eigentliche cessio fehlt, die Zahlung durch welche eine actio utilis erworben wurde, aber grade in der Absicht geschah, diese actio utilis zu erwerben; also wo der Sache nach ein Kauf vorliegt, wenn er auch in die Form eines andern Geschäfts eingekleidet ist.

11) Ein mandatum in rem suam zur Anstellung einer dinglichen Klage, ohne Uebertragung des Rechts selber, läßt sich nur als ein Surogat der letztern denken, wo diese unmöglich ist, z. B. L. 63 D. de R. V. (6. 1), und wird daher eben so wenig unter die Lex Anastasiana zu ziehen sein, als die Uebertragung des

Den Zweck seines Gesetzes gibt Anastasius nun dahin an:

> es solle für die Zukunft dergleichen Beginnen verhindert werden („hujusmodi conamen inhiberi").

Er bestimmt aber zur Erreichung dieses Zweckes nur, daß dem Cessionar der von ihm bezweckte Gewinn nicht zufallen solle, wenn er einen Preis für die Cession gezahlt habe. Er fährt nämlich so fort:

> denn es leidet zwar keinen Zweifel daß derjenige, welcher so eine erlangte Cession erstrebte, ein solcher ist, welcher des Gewinnes wegen die Ausübung eines fremden Klagerechts zu seinem Nutzen erworben hat; wenn er jedoch einen Preis dafür gegeben, so soll ihm nur gestattet seyn bis zum Betrage dieses gezahlten Preises und dessen Zinsen die Klage anzustellen, selbst wenn in dem mandatum actionis ausdrücklich gesagt worden wäre, daß ihm die ganze Forderung verkauft worden.

Diese Uebersetzung wird einer Rechtfertigung bedürfen. — Zuerst heißt es: „nec enim dubium est, redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt". — Für das Verständniß dieses Satzes ist die Bedeutung des redemptor litis wichtig. Im allgemeinen ist darunter zu verstehen: der einen fremden Prozeß durch ein, ganz oder theilweise, oneroses Geschäft zu seinem eignen macht [12], er erwerbe nun von dem Kläger das Klage-

---

dinglichen Rechts selber. L. 23. C. cit. in princ. bezieht die Vorschrift auch nur auf ein alienum debitum. — Wohl aber ist die Vorschrift über die Unterstellung eines potentior auf diesen Fall anwendbar; wie sich aus den Not 7 citirten Stellen, besonders des L. un. cit. ergibt,

12) Der redemptor litis muß also für die erworbene lis etwas leisten oder versprechen. Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. §. 30. S. 364 ff. Davon muß man aber den zur Führung eines Prozesses redemptus unterscheiden, der nichts leistet, sondern etwas empfängt oder dem etwas versprochen wird, um einen

recht [12 a]), oder übernehme die Verbindlichkeit für den Beklagten das judicatum zu zahlen [13]). Hier kann nur von dem erstern Falle die Rede seyn. — Gegen eine solche redemptio litis an und für sich ist nun nichts einzuwenden und sie war nicht allein erlaubt, sondern man konnte auch dazu verpflichtet seyn, wie es z. B. bei dem Procurator der Fall war, wenn er als Defensor seines Mandanten auftre-

fremden Prozeß als Stellvertreter zu führen, er empfange nun eine quota litis oder nicht. Sich so verkaufen zu lassen wird nicht bloß den potentiores untersagt, L. 1 C. not. 7 cit. (und ebenfalls den Advocaten sofern eine quota litis versprochen ist — L. 53 D. de pactis 2. 14. L. 5 C. de postulando 2. 6. L. 1 §. 12. D. de extraord. cognit. 50 13 —, ohne daß bei diesen auch eine Uebernahme der Procuratur vorausgesetzt wird), sondern auch anderen Personen, aber doch diesen nur wenn damit zugleich eine redemptio litis in der Art verbunden ist, daß sie für den Ausfall des Prozesses einzustehen sich verpflichten (eventum, incertum litis redimere) L. 7. D. mandati (17 1) L. 20 C. eod. 4. 35. vgl. mit L. 15 C. de procurat 2. 13. In dieser letztern Bedeutung, wo der redemptor zugleich redemptus ist, scheint das Wort auch zu verstehen Schönijahn a. a. O. §. 2., und dieß ist auch wohl der Sinn, welchen Cujacius obs. Lib. 8. obs. 31. mit der redemptio verbindet, welche mercede accepta geschieht, wenn er sagt: „ut si quis alienam litem agendum suscipiat quasi suam", während er eine redemptio mercede data in dem Falle annimmt: si quis actionem alienam pecunia redimat, ejus, qui actione teneatur lacessendi, vexandi, ulciscendi gratia"; wobei er übrigens alles auf die potentiores bezieht. Der Ausdruck redimere wird übrigens auch vom Bestechen gebraucht, z. B. des Delator L. 29. 34. D. de jure fisci (49. 14.) besonders auch vom Loskaufen der Gefangenen Tit. D' de captiv: et redempt. ab host: (49. 15.)

12 a) Wer ohne das Klagrecht geltend zu machen, die Gefahr des Prozesses übernahm, war wohl nicht redemptor litis? S. indeß Mühlenbruch a. a. O. S. 30. S. 367.

13) L. 6. §. ult. D. mandati (17. 1.) Hier wird nemlich die Bürgschaftsleistung für Bezahlung des judicati als eine redemptio litis betrachtet. Sie wird auch dann hier als erlaubt angesehen, wenn der Bürge Belohnung dafür empfangen (vgl. L. 19. §. 1. D. de donat. 39. 5.) und ihm wegen des Regresses eine actio utilis gestattet, wenn nur nicht „hoc actum est, ut suo peri-

ten und cautio judicatum solvi leisten mußte [14]. Wenn aber die redemptio litis gegen einen Lohn und unter Uebernahme der Gefahr der anzustellenden Klage geschah, galt sie als illicita und contra bonos mores, und es konnte der versprochene Lohn nicht eingeklagt werden [15]. Demjenigen nun, der z. B. 50 empfängt und dagegen die Gefahr eines von ihm als Procurator vor Gericht auszuführenden Anspruchs von 100 übernimmt, ist derjenige, der eine Forderung von 100 sich gegen Bezahlung von 50 cediren läßt, der Sache nach ziemlich gleich. Ersterer hat 50 empfangen, soll aber 100 dafür wieder liefern; letzterer hat 50 gegeben, soll aber 100 dafür wieder empfangen; beide sollen nach dem Zwecke des Geschäfts 50 gewinnen, beide aber die Gefahr für 100 tragen, wiewohl letzterer nur, insofern sie aus der Unsicherheit der Forderung entsteht. — Der Vertrag des Erstern war schon vor Anastas eine unerlaubte redemptio litis; und es dürfte anzunehmen seyn, daß der redemptor die Gefahr zu tragen, oder an seinen Mandanten zu zahlen was vom Debitor nicht erlangt worden, nicht gehalten gewesen, und daß so wie er die noch nicht empfangene Belohnung nicht fordern, ihm die em-

culo sponderet." Im concreten Falle wurde aber dem sich verbürgenden Advocaten die Regreßklage durch ein kaiserliches Rescript abgesprochen propter suam calliditatem quia mercede pacta accesserat ad talem redemptionem." Vgl. auch Mühlenbruch, a. a. O. §. 30. S. 364. 365 Not. 268. Die calliditas lag wohl darin, daß er zugleich unter fremdem Namen sich ein praemium victoriae versprechen lassen, und da die merces pacta (von einem Honorar für Bemühungen ist hier nemlich nicht die Rede) die actio mandati ausschloß, so verweigerte man ihm propter calliditatem die erst zu gestattende actio utilis. —

14) L. 33. §. 3 — 5. L. 74. L. 70. D. de procurator: (3. 3) — Gaji J. C. IV. §. 98. 99. pr. §. 1 J de satisdat: (4. 11.)

15) L. 6. §. ult L. 7. D. mandati (17. 1.) Diocletian et Maximian: L. 20. C. eod (4. 35.) L. 15. C. de procurator: (2. 13.) -- Vgl. oben Not. 10 u. 11.

pfangene vom Geber wieder abgefordert werden können [16]), so daß bei dem Vertrage keiner gewann und keiner verlor. Und wenn wahrscheinlich der Vertrag immer so geschlossen wurde, daß der günstige Ausfall Bedingung der nur versprochenen Belohnung war, so kam durch Versagung der Klage auf die Belohnung dasselbe Resultat heraus. — Er trug denn re vera nur die Gefahr der ihm versprochenen 50, wie Letzterer die der gegebenen 50. — Vor Anastas stand sich aber der Letztere besser als der Erstere; freilich hatte er schon 50 weggegeben, aber er hatte doch eine Klage auf 100 zu eigenem Nutzen gegen den debitor cessus, und insofern dieser sie nicht schuldigte gegen den Cedenten, konnte also immer noch auf Kosten des letztern 50 gewinnen, wenn dieser nicht etwa wegen seines dolus eine actio oder exceptio wider ihn hatte. Wer demnach die 50 vom Cedenten gewinnen wollte, konnte dies durch den erstern Vertrag nicht erreichen, sondern mußte sich der letztern Form bedienen und „datis pecuniis“ sich das mandatum actionis verschaffen, wenn er es nicht ganz umsonst erlangen konnte. Jetzt erklärte Anastas dieser, oder überhaupt jeder der gegen Zahlung ein fremdes Klagrecht erwerbe, sey auch ein redemptor litis; und suchte so jenen Ausweg, um zu einem Gewinn durch fremde Prozeßführung zu gelangen, abzuschneiden, indem er ihn als unerlaubte redemptio litis behandelte. Es dürfte schon aus dieser Lage der Sache zu

16) L. 7. D. cit. L. 20. C. eod. „Si contra licitum litis incertum redemisti, interdictae conventionis tibi fidem impleri frustra petis“. Wörtlich geht dies freilich nur auf den Fall, wenn er die Belohnung fordert, da aber die turpitudo doch allein auf Seiten des redemptor ist („contra bonos mores procurator redemerit“, L. 7. D. cit.) so wird auch die Rückforderung kein Bedenken haben (L. 1. §. 2. D. de condict. ob turp: (16. 5.) Umgekehrt wird aber auch von dem redemptor die Leistung der Gefahr nicht gefordert werden können: denn auch wenn er die versprochene Belohnung empfangen, wird er sich doch auf die Ungültigkeit der interdicta conventio berufen dürfen.

folgern seyn, daß Anastas hier unter redemptor litis denjenigen verstehe, der aus Gewinnsucht die Cession einer Klage zu erlangen sucht. Dies zeigt aber auch der von ihm angegebene Beweggrund für sein Gesetz, die Bezeichnung des redemptor litis als eines solchen der darauf ausgeht (cupit), Cessionen von Klagerechten zu erwerben; und endlich daß, wo ein besonderer Grund für die Cession vorhanden, nemlich einer von denjenigen welche die Anwendbarkeit seines Gesetzes ausschließen, der Cessionar nicht als redemptor litis erscheinen soll, sondern nur wenn kein solcher vorhanden („Nulla etenim tali ratione intercedente.., redemptor magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones").

Ferner sagt Anastas: er sey redemptor litis, „ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et usurarum ejus actiones exercere permittatur". — Sieht man von dieser Vorschrift ab, so wird sich das Verhältniß hier so stellen:

A. der Cessionar hat durch Betrug den Creditor zur Cession vermocht; aber

a) noch nichts dafür gezahlt. Hier kann er allerdings die Forderung einklagen, aber was er erlangt, holt der Cedent ihm mit der actio doli wieder ab; und wenn er wegen des nicht Erlangten eine Regreßklage gegen den Cedenten anstellt, weiset dieser ihn mit der acceptio doli zurück. Wenn er also nichts gegeben, so bekommt oder behält er auch nichts. Wenn er aber

b) schon etwas gezahlt, so kann der Betrag des Gezahlten ihm weder mit der actio doli abgefordert werden, wenn er vom Schuldner Zahlung empfing, noch steht in Ansehung desselben seiner Regreßklage eine exceptio doli entgegen. Denn so weit als der Betrag des Gezahlten reicht, ist der Cedent ja nicht verletzt. Ist aber

B. von dem Cessionar kein eigentlicher Betrug began-

gen, die Cession nicht durch Täuschung des Cedenten erlangt, so kann er die Forderung einklagen, ohne daß eine actio auf das Erlangte gegen ihn angestellt, oder seine Regreßklage durch eine exceptio doli zurückgewiesen werden könnte.

So steht die Sache auch noch in den von Anastas ausgenommenen Fällen. Das Besondere seiner Vorschrift besteht darin: daß er in allen nicht ausgenommenen Fällen einer Cession ohne Weiteres eine redemptio litis im genannten Sinne annimmt [17] („Nulla etenim tali ratione etc.), also ein Geschäft was contra bonos mores ist; nicht darauf sieht, ob wirklich ein Betrug begangen, sondern den redemptor litis nie mehr bekommen läßt, als er für die Cession wirklich gegeben hat (verb. „datis pecuniis" ... „solutarum pecuniarum quantitatem"); und zwar so, daß er weder vom Schuldner das Ganze einfordern darf, um den von ihm nicht bezahlten Theil seinem Cedenten herauszugeben, noch wegen dieses Theils als procurator in rem mandantis legitimirt ist, sondern sowohl zur Empfangnahme als zur Prozeßführung nur für den von ihm bezahlten Theil die Befugniß hat („usque ad ipsam tantummodo etc.... actiones exercere permittatur") [18].

---

17) Anastas sanctionirt hier allerdings den Grundsatz: wer in den nicht ausgenommenen Fällen die Cession einer Forderung erworben, gilt als ein solcher der darauf ausgegangen sie zu erwerben um dabei zu gewinnen; und er behandelt diesen hinsichtlich des erworbenen Rechts eben so, als wenn er es dem Cedenten abgetrogen hätte. Allein eine Vermuthung für den dolus wird man darin mit Burchardi a. a. O. S. 205. 206 noch nicht finden dürfen.

18) Daher gehört es denn zur Legitimation des Cessionars, daß er wirklich schon gegeben habe, und man kann nicht behaupten, daß es genüge, wenn er die Valuta versprochen oder sich zur Zahlung derselben verpflichtet habe. Denn Anastas erlaubt ihm nur zu fordern was er weggegeben, und durch die Uebernahme der Verbindlichkeit zur Zahlung hat er deshalb noch nichts weggegeben,

Dies soll denn gelten: „licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit.“ Man wird diesen Satz nur so verstehen können: die Vorschrift, daß der Cessionar nicht mehr vom Schuldner fordern darf, als er selber dem Creditor gezahlt, leidet auch dann Anwendung, wenn in dem ertheilten mandatum in rem suam ausdrücklich die venditio als die causa desselben genannt worden, der Cedent also erklärt hat, daß er sich der Forderung, oder deren Geltendmachung, aus einem ihn dazu verpflichtenden Grunde zu Gunsten des Cessionars gänzlich entäußert habe. Die ganze Vorschrift des Anastas geht freilich auf den Fall, wo ein den Cedenten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verpflichtendes Geschäft der Cession zum Grunde liegt, und seine Veränderung besteht gerade darin, daß es für den Fall der Cession gegen einen zu geringen Preis keine volle Wirkung haben soll. Es würde sich also eigentlich von selber verstehen, daß die Hinzufügung: die Cession sey ex causa venditionis geschehen, nichts ändere. Allein daß er diesen Fall noch ausdrücklich hervorhob, dürfte bei der ganzen Fassung seines Gesetzes eben nicht befremdend seyn; um so mehr, als es sich daraus erklärt, daß er recht unzweifelhaft ausdrücken wollen, daß dem Cedenten auch eine solche Erklärung nichts entziehen solle.

§. 2.

Anastas hat nicht bestimmt, wie es mit demjenigen Theile der Forderung werden solle, welchen der Cessionar nicht fordern könne. Die Idee nun, welche sich in seinem Gesetze ausspricht, ist diese: bei jeder Cession, die nicht aus einem der im Gesetze benannten besonderen Gründe

---

indem er, wenn er den Betrag der Valuta nicht gezahlt erhält, weil das ihm vom Cedenten ertheilte mandatum in rem suam mangelhaft ist, jene Verbindlichkeit durch eine compensatio oder exceptio doli entkräften kann. — A. M. Burchardi a. a. O. S. 217.

geschehen ist, erscheint der Cedent als vom Cessionar übervortheilt, sofern dieser mehr empfängt, als er jenem wirklich gegeben hat; es ist ihm daher nur erlaubt dasjenige vom Debitor zu fordern, was er wirklich dem Creditor gezahlt hat. Dasjenige aber, was, im Falle eines wirklichen dolus, der Creditor oder Cedent dem Cessionar wieder abnehmen könnte [19]), soll dieser gleich von vorn herein gar nicht fordern dürfen und nicht in Händen bekommen. So soll der Versuch des Cessionars, den Cedenten zu übervortheilen, oder contra bonos mores einen Lohn für seine Proceßführung zu erwerben, vereitelt werden. Dies ist der Zweck seines Gesetzes und dem ist es offenbar angemessen, dem Cedenten die Klage auf den Ueberschuß zu lassen. Eben dies folgt auch aus dem Rechtsgrunde, der in dem Gesetze ausgesprochen ist, er sey nun gut oder schlecht. Dieser liegt nämlich darin, daß der Cessionar (nach der Ansicht von Anastas) redemptor litis ist; man muß also annehmen, daß dasjenige, was schon zur Zeit der Entstehung des Gesetzes im Falle einer redemptio litis geltend war, auch hier eintreten soll: nämlich, daß der redemptor den Gewinn nicht bekommt, der eigentliche ursprüngliche Inhaber der Forderung aber durch die redemptio nichts verliert. Endlich erscheint es auch na-

---

19) Insofern Anastas diesen Fall der redemptio dem bei einem mandatum in rem alienam unter Uebernahme der Gefahr und gegen Lohn, ganz gleich stellen wollen, läßt sich auch ohne eigentlichen dolus des Cessionars eine Klage des Cedenten gegen ihn auf Herausgabe desjenigen, was er mehr vom debitor cessus empfangen, als er für die Cession gezahlt, vertheidigen, indem diese der Rückzahlung eines gezahlten Lohns gleichstehen würde; so wie denn auch wegen desjenigen, was der Cessionar aus dem Grunde der Lex Anastasiana nicht erlangt, der Regreß gegen den Cedenten (der nach allgemeinen Regeln noch gar nicht ausgeschlossen wäre, weil der Cedent gehalten dem Cessionar dasjenige zu leisten, was zur Ausübung der Klage auf die ganze versprochene Summe erforderlich) deshalb durch die Lex Anastasiana ausgeschlossen seyn muß, weil sie den Cedenten gegen Uebervortheilung von Seiten des Cessionars schützen will.

türlich, daß dem Cedenten das gelassen werde, was er hatte, da das Gesetz es ihm nicht abspricht, und nach diesem die Veräußerung an den Cessionar ja keine Wirkung haben kann. — Es frägt sich nun, wie der debitor cessus durch das Gesetz gestellt wird?

Für diesen liegt darin folgende Vorschrift: wenn jemand ex jure cesso eine Forderung gegen Dich geltend macht, so kannst Du nur dann, wie nach dem bisherigen Rechte, den ganzen Betrag derselben gültig an ihn zahlen, wenn der Cession eine Schenkung, eine Theilung zwischen Miterben oder Vermächtnißnehmern, die Zahlung einer Schuld, oder die Abfindung des Cedenten von Seiten des Cessionars, damit sich dieser im Besitze schütze, zum Grunde liegt; sonst aber nur so viel, als der Cessionar dem Cedenten wirklich gezahlt hat, nebst den etwa für diesen Theil zu entrichtenden Zinsen, und nur für diesen Theil kannst Du, mit rechtlicher Wirkung gegen den Cedenten, den Prozeß mit dem Cessionar führen. — Dem Debitor wird in dem Gesetze überall kein besonderer Schutz und kein besonderes Recht ertheilt, welches er vorhin nicht hatte; insofern es nicht dadurch erzeugt wird, daß ihm die Beobachtung eines Erfordernisses vorgeschrieben, von welchem die Gültigkeit seiner Zahlung an den Cessionar und seine Liberation durch dieselbe abhängig ist. Die Verbindlichkeit der Beobachtung eines solchen Erfordernisses liegt aber auch für ihn in dem Gesetze. Denn wenn es vorschreibt: der Kläger darf nur so viel fordern, so folgt daraus, daß der Beklagte, sofern er nicht etwa schenken will, mit rechtlicher Wirkung auch nicht mehr zahlen könne, daß also seine Zahlung nur in so weit als Zahlung einer F o r d e r u n g des Klägers gelten könne, als diesem das Gesetz eine Forderung zugestanden. Ebenfalls aber folgt daraus, daß, wenn er nicht etwa, wo eine ihm nachtheilige Zersplitterung seiner Zahlungspflicht vorliegt, die Zahlung an den klagenden Cessionar ganz verweigern kann und will, er befugt ist ihm die Zahlung so weit zu verweigern, als

die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen einer Forderung desselben mangeln. Diese bestehen in ihm fremden Thatsachen, und es genügt von seiner Seite ihr Daseyn zu ignoriren, um den Cessionar zum Beweise derselben zu nöthigen.

Nur dann aber kann man die von Seiten des Cessionars dem Cedenten geschehene Zahlung des ganzen geforderten Betrags als Erforderniß für die Gültigkeit der Zahlung an ihn erachten, wenn er gegen den Debitor als procurator in rem suam auftritt, nicht aber wenn er als procurator in rem mandantis klagt und zugleich zur Empfangnahme der Zahlung legitimirt ist. Denn die Regel: vero procuratori recte solvitur [20], ist nur für den Fall des mandatum in rem suam dahin geändert, daß der Mandatar oder Cessionar nicht verus procurator ist, so weit das Gesetz es ihm verbietet actiones exercere. Hat sich also der Cessionar nur als procurator in rem mandantis zum Prozesse, aber hinreichend, legitimirt, ohne seine Qualität als Cessionar kund zu geben, so kann es dem Debitor nur freistehen, diese Legitimation aus dem dann von ihm zu erweisenden Grunde [21]) zu bestreiten, daß er re vera procurator in rem suam sey. Und wenn er dieß unterläßt, oder nicht damit obsiegt, so muß der Cedent, der statt einer Cession eine reine Vollmacht ertheilte, wenn er etwa nachher den nicht vom Cessionar gezahlten Theil der Valuta vom Debitor nachfordert, sich natürlich die exceptio rei judicatae sowohl als die exceptio

---

20) L. 11. D. de pactis (2. 14.) L. 12. pr. D. de solutt. etc. (46. 3.) „Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.“ — Die Ratihabition des Mandanten oder Cedenten heilt aber jedenfalls alle Mängel. L. 56. D. de judiciis (5. 1.) „Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est, tamen, et si quis procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta.“

21) Dies ist aber directer Gegenbeweis. Vgl. §. 4. Note 37.

solutionis aus der Prozeßführung und dem Zahlungsempfange seines als procurator in rem mandantis aufgestellten Cessionars gefallen lassen. Denn seiner Replik: es sey re vera eine Cession gewesen, würde durch die Duplik des dolus elidirt werden.

§. 3.

Es frägt sich nun: was Justinian darin geändert hat? Anastas hatte für den Fall der Schenkung die Cession vollgültig erklärt, und davon den Fall einer theilweisen Schenkung nicht ausgenommen. Erklärte der Cedent in der Cession: er habe eine Forderung von 100 für 50 verkauft, so litt das Gesetz Anwendung; nicht aber wenn er sagte, er habe die Hälfte für 50 verkauft und die andere Hälfte verschenkt. Zu dieser letztern Form griff man denn häufig, wie Justinian erzählt [22]), um eine Cession, für welche nicht der volle Werth der Forderung gezahlt worden, für den ganzen Betrag derselben vollgültig zu machen. Anastas ließ den Gläubigern die Fähigkeit, ihre Forderungen vermittelst der Cession durch eine Schenkung theilweise aufzugeben, und in seinem Gesetze spricht sich, wiewohl er als Rechtsgrund die tadelnswerthe Handlung des Cessionars angibt, nur die Tendenz aus, daß der Cedent durch die Ueberredung zur Cession nicht übervortheilt werden solle. Justinian dahingegen faßt die Sache von der Seite auf, daß der Cessionar keinen Vortheil erlangen soll; er ändert an der Stellung des Cedenten nichts, er entzieht ihm auch jetzt nicht die Fähigkeit durch Schenkung und in der Cession sein Forderungsrecht theilweise aufzugeben, aber bei dieser theilweisen Schenkung soll das von ihm Aufgegebene dem Cessionar nicht zufallen, sondern der Debitor soll es behalten dürfen; und diesem Falle setzt er den gleich, wo eine gänz-

22) L. 23. pr. C. cit.

liche Schenkung simulirt, aber der Sache nach eine theilweise Schenkung vorhanden ist [23]).

Justinian will also hier, wo der Cedent selber die Vortheile des Anastasischen Gesetzes von sich weiset, sie ihm auch nicht zuwenden; der Cessionar soll sie aber eben so wenig haben, weil ihm dies den Absichten des von ihm so belobten Gesetzes des Anastas zu widerstreiten scheint; und um demselben die gebührende Anerkennung zu verschaffen, gibt er das vom Cedenten gültig umsonst Aufgegebene dem debitor cessus. Er meint denn auch, von Rechts wegen solle dies eigentlich auch den Debitoren schon von der Zeit des Anastasischen Gesetzes an zu Gute kommen; besinnt sich aber wieder, und sagt: es sey doch besser, daß es erst für die Zukunft gelte [24]).

Wenn man Justinians Constitution ohne vorgefaßte Meinung liest, so scheint der angegebene Sinn derselben nicht verkannt werden zu können. Er beginnt mit der Erzählung, daß Anastas vorgeschrieben, mit Ausnahme einiger bestimmter Fälle solle der Cessionar nicht mehr erhalten, als er gegeben; dies Gesetz suche man aber zu chicaniren, indem man einen Theil der Forderung verkaufe und den andern verschenke; er verbiete also diese Procedur, erlaube aber eine nicht simulirte Schenkung der ganzen Forderung [25]). Nur von dem Falle, wo ausdrücklich geschenkt, ein Theil der Forderung aber gegen Vergütung, es sey nun unter Simulation der Schenkung oder nicht, übertragen worden, ist in seinem Gesetze die Rede; und nur für diesen Fall wird dem Debitor der geschenkte Theil zu- und dem Cedenten die Klage darauf abgesprochen, und zwar so ausdrücklich und speciell

„inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei qui cessit actiones, neque qui eas suscipere

23) L. 23. §. 1. 2. C. cit.
24) L. 23. §. 3. C. cit.
25) L. 23. pr. C. cit.

curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem." 26)

daß man schon dadurch darauf geführt würde, daß hier dem Debitor ein Vortheil zugewendet sey, der ihm bisher nicht gestattet gewesen, wenn Justinian es auch nicht gesagt hätte.

„Et justum quidem fuerat hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex data est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed ... in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus" ... 27).

Man mögte nun dagegen einwenden: es sey ja doch ganz gleich, ob jemand eine Forderung um einen geringern Preis verkaufe, oder ob er sie theils verschenke, theils verkaufe. Der letztere Fall sey von einer theilweisen Schenkung nur darin verschieden, daß der Ausdruck: „Schenkung", nicht gebraucht sey; es sey also immer, wo die Berufung auf die s. g. Lex Anastasiana mit Erfolg geschehe, auch eine theilweise Schenkung vorhanden. Wenn dies nun auch, abgesehen von der zu einer Schenkung unter Umständen erforderlichen Insinuation und Form, richtig ist, so dachten doch Anastas und Justinian ersichtlich nicht so. Anastas berührt freilich den Fall einer theilweisen Schenkung nicht besonders, er schließt ihn aber auch von dem Begriffe der Schenkung nicht aus; und so ergiebt sich aus seinem Gesetze, wie bereits bemerkt, die Regel: wenn jemand eine Forderung von 100 cedirt und nur 50 empfangen hat, so findet die Beschränkung des Gesetzes Anwendung, wenn er erklärt, es sey eine venditio, nicht aber, wenn er sagt, es sey eine donatio. Daß man das Gesetz so verstand, ergibt sich aus Justinian's Erzählung, und wenn er selber auch diese Aus-

---

26) L. 23. §. 1. C. cit.
27) L. 23. §. 3. C. cit.

legung chicaneus findet, so trägt er dennoch Bedenken, ihr für die Vergangenheit die Gültigkeit abzusprechen. Während nach dem Anastasischen Gesetze die mit dem Verkaufe vermischte Schenkung als eine solche erscheint, wenn dabei gesagt worden, es sey eine Schenkung, so betrachtet Justinian diesen Fall als eine simulirte Schenkung (colorata donatio, simulatam donationem celebrare, partem autem donare simulat) [28]), um jeder Chicane den Eingang zu verstopfen. Wenn man nun auch weder dem Einen noch dem Andern darin beitreten kann, daß (insofern die aus den gebrauchten Ausdrücken der Contrahenten hervorgehende Absicht nicht entscheiden soll) eine mit einem Kaufe vermischte Schenkung ein Kauf sey, wenn sie venditio, oder daß sie simulirt sey, wenn sie donatio genannt werde; so muß man dennoch ihre Gesetze nach diesen ihren Ansichten verstehen. Man würde auch sonst dahin kommen, daß das Gesetz des Anastas sich selber aufhebe, weil ja in dem Falle, wo es zur Anwendung kommen soll, gerade der Sache nach eine Schenkung vorhanden ist, während es am Schlusse seine eigne Anwendbarkeit für den Fall einer Schenkung wiederum ausschließt [29]); welcher Widerspruch sich eben nur dadurch hebt, daß Anastas der Erklärung des Cedenten, geschenkt zu haben, einen die Beschränkung des Gesetzes ausschließenden Einfluß gestattet. — Das Berufen auf die Anastasische Vorschrift ist ein bloßes Bestreiten der Legitimation des Cessionars; das Berufen auf Justinian's Vorschrift, die Behauptung des gänzlichen oder theilweisen Erlöschens der Forderung. Jenes ist bloß gegen die dem Cessionar zu eigen geworden seyn sollende Ausübung des Forderungsrechts; dieses gegen die Existenz des mit der Person des Cedenten unzertrennlich verbundenen Forderungsrechts selber gerichtet. Das letztere Berufen kann aber nie eintre-

---

28) L. 23. pr. §. 1. C. cit.
29) L. 22. C. cit. in f. „Si autem per donationem etc.“

ten, wo nicht auch das erstere begründet ist, wiewohl es das erstere überflüssig machen kann, weil das Erlöschen einer Forderung die Legitimationsfrage in Ansehung derselben absorbirt. Wohl aber kann das erstere stattfinden, wo das letztere nicht begründet ist, nämlich dann, wenn die Form einer Schenkung nicht vorkommt. — Demnach stellt sich die Sache da, wo eine Cession gegen Bezahlung, aber nicht des vollen Werthes, geschehen ist, so: daß der Cessionar den wirklich gezahlten Betrag nebst Zinsen vom debitor cessus einforbern kann, dieser aber für den Rest dem Cedenten verhaftet bleibt, es sey denn, daß dieser den ihm vom Cessionar nicht gezahlten Theil ausdrücklich geschenkt oder (wirklich) eine Schenkung simulirt hätte. — Der Cedent kann also dann noch immer den ihm vom Cessionar nicht gezahlten Betrag vom debitor cessus einforbern, wenn er bloß um einen zu geringen Preis verkauft hat. Denn hier ist das Forderungsrecht selber nicht erloschen, und für diesen Theil die Ausübung beim Cedenten geblieben. — Inwiefern aber der debitor cessus von demjenigen Betrage, zu dessen Empfange der Cessionar nicht legitimirt war, befreit oder denselben noch dem Cedenten schuldig ist, darüber kann in dem Prozesse zwischen ihm und dem Cessionar nicht entschieden werden [30]; wenn letzterer nicht etwa außer der Cession noch besonders von dem Cedenten als procurator in rem mandantis bestellt worden (was ja bedingt, nämlich auf den Fall daß, und insoweit als der Cessionar als solcher nicht legitimirt erschei-

30) Vergl. §. 1. bei Note 16 und L. 22 C. cit. Durch die dort angeführte Vorschrift werden auch die Argumente widerlegt, welche Burchardi a. a. O. S. 221 — 223. davon hernimmt, daß eine Cession ja ein mandatum ad agendum sey. Denn sie sagt ja gerade, daß das mandatum ad agendum den Cessionar nicht legitimirt, sofern er nicht die Valuta gezahlt hat. Damit scheint denn auch die Meinung bei Weber Beweisführung (Ausgabe von Heffter S. 191.) VI. §. 29. a. E. widerlegt.

nen sollte, recht gut geschehen könnte), oder der Cedent ratihabirt, oder accessorisch auf Seiten des Cessionars intervenirt, und so den Mangel in der Legitimation desselben hebt.

§. 4.

Der Cessionar ist, nach dem vorhin Angeführten, nur dann zum Prozesse und zur Erhebung der Forderung legitimirt, wenn er beweiset, daß einer der von Anastas ausdrücklich ausgenommenen Fälle vorliege, wo denn freilich, wenn der Cedent eine Schenkung vorgenommen zu haben erklärt, dieselbe eine reine Schenkung der ganzen Forderung seyn muß; oder wenn er beweiset, daß er dem Cedenten so viel gezahlt habe, als er vom debitor cessus fordert. Diese Umstände sind wesentliche Erforderniße des juristischen Factums, welches den Uebergang des Klagerechts bewirken soll [31]), und jeder Kläger muß bekanntlich dasjenige Factum, wovon seine legitimatio ad causam [32]), wo eine solche erforderlich

31) Wie man, wenn man dies aus der Lex Anastasiana folgere, das Beweisthema zum Beweismittel erheben könne (Burchardi a. a. O. S. 220. 221) vermag der Verfasser sich (vgl indeß Note 35) eben so wenig klar zu machen, als weßhalb es wohl zur ersten Entstehung, aber nicht zur Uebertragung eines Rechts der Nachweisung eines Grundes bedürfen soll; wiewohl der Grund für jede Wirkung wieder ein anderer seyn und andere Erforderniße haben kann, wie dies auch bei verschiedenen Uebertragungsarten statt findet, wie z. B. die Lex Anastasiana für die Cession Erforderniße bestimmt, welche nicht zur Eigenthumsübertragung gefordert werden, weshalb man denn auch nicht mit Burchardi a. a. O. S. 217—224 von dieser auf jene schließen kann.

32) Streng genommen, sollte man wohl die legitimatio des Cessionars nicht als eine von der des procurator in rem mandantis verschiedene betrachten, sondern sie zur Prozeß-Legitimation zählen. Allein da die besonderen Wirkungen des mandatum in rem suam sich auch außerhalb des Verhältnisses zwischen Cedenten und Cessionar zeigen, so wird man der gewöhnlichen Terminologie folgen dürfen.

ist, abhängt, vollständig beweisen [33]). Geschieht nun das Berufen des debitor cessus auf die s. g. Lex Anastasiana als ein Bestreiten der Legitimation, so ist dies weiter nichts als die Rüge eines Mangels im Erwerbe des Rechts des Cessionars; und er kann sich mit einem bloßen Ignoriren begnügen [34]), insoferne er sich nicht eines directen Gegenbeweises bedienen will. Behauptet dagegen der debitor cessus das Erlöschen der Forderung oder eines Theils derselben vermöge der Justinianischen Extension der Lex Anastasiana, so ist dies eine wahre Einrede (oder exceptio in der heutigen Bedeutung des Worts). Ist nun nicht etwa vom klagenden Ces-

---

33) Daß der Cessionar nicht abgewiesen werden könne, wenn die geschehene Cession, aber nicht die Bezahlung der vollen Valuta erwiesen, wie Burchardi a. a. O. S. 203. 204 meint, dürfte doch nicht zu begründen seyn. Denn die Cession ist hier nur dann von rechtlicher Bedeutung, wenn sie eine Legitimation liefert; wo dies nicht der Fall, kann man ungeachtet der Cession wegen mangelnder Legitimation abgewiesen werden, wie dies hier eintritt, wenn die Bezahlung der Valuta nicht, oder insoweit sie nicht, erwiesen; und wenn auch die Gesetze nicht sagen, er solle die Bezahlung beweisen, sondern nur, er solle sie geleistet haben, so steht dann doch rechtlich das Nichtbewiesene dem Nichtgeschehenen gleich. Daß die Eidesdelation hier unanwendbar werden kann, weil der Debitor das Factum zu ignoriren befugt ist (Burchardi a. a. O. S. 205), dürfte hier eben so wenig, als in anderen Fällen, zu einem unauflöslichen Dilemma führen, da dies nur die Folge haben kann, daß der Cessionar auf andere Art sich legitimirt, oder abgewiesen wird. — Burchardi a. a. O. S. 215 behauptet (unter Anführung von Mühlenbruch Cession S. 448 ff. 2te Ausgabe), daß diejenigen (namentlich Thibaut Zusätze z. d. P. und v. Braun §. 80. a. E.), welche dem Cessionar Behufs seiner Legitimation den Beweis der gezahlten Valuta auferlegen, die Entstehung und die Fortdauer des Rechts (formelles und materielles Klagefundament) verwechseln; allein dieser Bemerkung wird eine Verwechslung der Fortdauer des Rechts mit der Legitimation zur Sache zum Grunde liegen. Vergl. unten Note 36.

34) Denn dies steht ihm frei, weil sein Berufen keine Einrede (und dies muß man wissen, ehe man beurtheilen kann, wie sie beschaffen seyn müsse. A. M. Burchardi a. a. O. S. 199. 200) ist und facta aliena betrifft.

sionar selber behauptet, daß ihm ein Theil der Forderung geschenkt sey, dessen Quantität der beklagte debitor cessus nicht bestreitet, sondern Schenkung des ganzen Klagerechts, oder eines größern Theils, als der debitor cessus anerkennt, seinem Erwerbe zum Grunde gelegt, so liegt dem beklagten debitor cessus dann, wenn er die Einrede des Erlöschens der Forderung opponirt hat, der Beweis derselben ob; und hier ist die Thatsache, daß die Schenkung ganz oder theilweise simulirt sey, das Thema seines Einreden-Beweises, und die Prämisse [35]) für das Thema seines indirecten Gegenbeweises, daß der klagende Cessionar nicht ad causam legitimirt sey, Insofern aber beide wiederum die Prämisse fordern, daß der Cessionar dem Cedenten etwas für die Cession gezahlt habe, würde der erstere Beweis eine bestimmte Angabe des gezahlten Betrags erfordern, da hier bestimmt darzuthun wäre, in wie weit die Schenkung simulirt, und in wie weit die Forderung erloschen sey; in Ansehung des directen Gegenbeweises würde es aber genügen, wenn nur überhaupt dargethan wäre, daß etwas weniger gezahlt worden, so wie denn auch hier das Resultat des Gegenbeweises immer nur Abweisung wegen mangelnder Legitimation seyn könnte.

Daß nun, jenachdem der debitor cessus bloß die Legitimation zur Sache in Abrede stellt, oder behauptet, daß das Recht des ursprünglichen Gläubigers oder des Cedenten selber aufgehoben [36]), im Falle der Schenkung die Berufung

---

35) Wenn diese Prämisse Beweismittel genannt werden könnte, so würde man hier etwa sagen können, das Thema des Beweises sey Beweismittel für den indirecten Gegenbeweis. Vgl. Note 31.

36) In diesen Fällen, wo der Schuldner ganz von der Zahlung frei wird, kann man denn auch mit Burchardi a. a. O. S. 206 ff. sagen, es sey die Lex Anastasiana ein beneficium juris für den Schuldner und die Cession (an sich) kein Tilgungsgrund der Obligation. Aber es bedarf hier solcher Gründe nicht, und es ist auch nicht zu übersehen, daß deßhalb, weil hier dieselben facta

auf jene Gesetze ein bloßes Abläugnen oder eine eigentliche Einrede, und der Beweis des debitor cessus bald ein directer Gegenbeweis [37]) gegen den Beweis der Legitimation, bald indirecter Gegenbeweis ist, wird nicht auffallen können, da ja die Eigenschaft eines Parthei-Vortrags, der mehrere juristische Bedeutungen haben kann, davon abhängt, welche Bedeutung die Parthei damit verbindet; wobei es denn zur Interpretation des Vortrags gehört, welche die Parthei im concreten Falle damit verbunden habe. Die Frage aber: ob es dem debitor cessus nothwendig sey, jene Berufung als Einrede zu gebrauchen, wenn er gegen die Zahlung des Theils, den er als erloschen zurückbehalten will, an den debitor cessus gesichert seyn soll? muß man, mit Berücksichtigung der Eventualmaxime bejahen. — Denn tritt der Cedent mit der Erklärung, daß ihm die ganze fragliche Valuta gezahlt sey, hinzu, so ist die Legitimation des Cessionars erbracht, und es kann also nur die Einrede schützen. Und wenn diese vorgeschützt worden, so verändert sich die Lage der Sache, wenn der Cedent in dem Prozesse auf Seiten des Cessionars inter-

---

die Legitimation des Klägers und das Nichterlöschen des cedirten Rechts bedingen, die Beibringung der Legitimation nicht für überflüssig erklärt werden kann, weil die Fortdauer eines erwiesenen Rechts nicht bewiesen zu werden braucht, worauf sich Burchardi a. a. O. S. 207—210. 215. für die Befreiung des Cessionars von der Beweislast beruft. — Der Ansicht, welche Weber a. a. O. über den Beweis einer simulirteu Schenkung aufstellt, wird hier also beigetreten.

37) Darunter wird hier jeder Beweis verstanden, welcher dahin geht, daß das vom Kläger zu erweisende oder erwiesene juristische Factum nicht zur Existenz gekommen sey. Dieser Begriff des directen Gegenbeweises, welcher, seinem Wesen nach, nicht neu ist, wiewohl er anders ausgedrückt zu werden pflegt, ist nach Bethmann-Hollweg Vers. S. 349 zu eng, nach Albrecht die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses §. 38 zu weit. Hier wird es genügen, angegeben zu haben, was darunter verstanden sey.

venirt [38]), nur insofern, daß, indem sein Beitritt die Legitimation des Cessionars berichtigt, er den debitor cessus auf die Vertheidigung in der Hauptsache und die Einrede der simulirten Schenkung beschränkt, und daß in demselben Prozesse res judicata gegen den Cedenten entsteht. Die Legitimations-Berichtigung kann aber sowohl durch jene Erklärung als durch diese Intervention erfolgen. Denn wenn auch Anastas dem Cedenten die Fähigkeit genommen hat, durch den Verkauf seines Klagrechts um einen zu geringen Preis, oder in der desfalsigen Cession durch diese selber, sein ganzes Klagerecht zu veräußern, so hat er ihm doch nicht die Fähigkeit genommen, das, was ihm ungeachtet der Cession des Ganzen noch davon verblieb, späterhin, oder auf andere Weise, aufzugeben, und wenn er sagt, der Cessionar, welcher zu wenig zahlte, sey durch die Cession nicht für den ganzen Betrag legitimirt, so ist damit nicht gesagt, daß der Cedent dieselbe Person, welche er so als Cessionar aufstellte, nicht für den ihm verbliebenen Theil als procurator in rem mandantis aufstellen, oder durch nachfolgende Ratihabition [39]), welche auch in jener Intervention liegen würde [40]), nicht diejenigen Handlungen, welche er in An-

38) Hier ist nur von einer accessorischen Intervention die Rede. Andere Interventionen werden sich nicht rechtfertigen lassen, und daher hier übergangen. — Wenn auch die Ansicht, daß der Cessionar dem Cedenten litem denunciiren müsse (vgl. indeß Linde Lehrb. des Civilproz. §. 112. Note 5.) sich nicht rechtfertigen lassen wird um so weniger als er gerade dazu bestellt wird, an dessen Statt den Prozeß zu führen; auf der andern Seite aber der Cedent den Cessionar auch nicht, wie einen procurator in rem mandantis, vor der L. C. oder nach derselben causa cognita verdrängen kann (L. 16 — 24. D. de procurat. 3. 3. L. 22. C. eod. 2. 13.), so wird ihm doch, da er für den Regreß haftet, wenn das nomen als ein non verum beurtheilt wird, die Befugniß zur accessorischen Intervention nicht abzusprechen seyn.

39) L, 56. D. d. judiciis (5. 1.) §. 2. not. 29. cit.

40) Es ließe sich denken, daß der intervenirende Cedent seinen Beitritt nicht auf das Ganze extendirte, sondern auf einen Theil der ein-

sehung desselben vorgenommen, gültig als für sich geschehen anerkennen könne. — Darin hat denn auch Justinian nichts geändert, sondern nur im Falle der simulirten Schenkung eine Einrede gegen den Hauptpunkt gestattet; und wenn jenes Resultat wunderlich erscheint, so kann ein wunderliches Gesetz natürlich kein anderes zur Folge haben. — Auch kann man nicht dagegen einwenden, daß der so intervenirende Cedent als Gegener des debitor cessus nicht die von diesem angefochtene Legitimation des Cessionars, mit dem er gemeinschaftliche Sache mache, nach Willkühr ergänzen könne: denn im Legitimationspunkte ist er nicht intervenirender Gegner des debitor cessus. Wie man nämlich überall die mehreren juristischen Thatsachen, welche einer concreten Klage zum Grunde liegen, von einander unterscheiden muß, so ist dies insbesondere dann nothwendig, wenn eine und dieselbe Person bei der einen in diesem, bei der andern in jenem Verhältnisse steht, wie hier der Cedent; der in Ansehung des Legitimationspunktes ein dem Cessionar, in Ansehung des Hauptpunktes ein dem debitor cessus entgegenstehendes Interesse hat, und daher auch nur in diesen Beziehungen ihnen als Gegner entgegentreten kann, nie aber umgekehrt im Legitimationspunkte dem debitor cessus [41]) und im Hauptpunkte dem Cessionar. In Ansehung der vom debitor cessus bestrittenen [42]) Legitimations-Frage würde ein Streit zwischen ihm

---

geklagten Summe beschränkte, wo dann nur für diesen jene Wirkungen eintreten würden.

41) In Ansehung des Legitimationspunktes wird aber eine accessorische Intervention des Cedenten auf Seiten des debitor cessus zulässig erscheinen.

42) Anders wenn der debitor cessus die Legitimation des Cessionars behauptet, der angebliche Cedent sie aber bestreitet, was indeß im Prozesse zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus nicht vorkommen kann, wenn man nicht etwa eine s. g. Principal-Intervention für zulässig erklärt. Denn der accessorische Intervenient wird nie über etwas streiten können, was unter den Haupt-Partheien bereits feststeht. Wohl aber ließe sich ein solcher Streit

und dem Cedenten ein Streit de jure tertii seyn, der überdieß mit seiner Entstehung auch sein Ende erreicht haben würde, weil die Behauptung des Cedenten, daß der Cessionar legitimirt sey, jedenfalls ratihabirend die Legitimation selber erbringen würde. Sobald aber der beklagte debitor cessus diejenigen Gründe, welche er der Legitimation des Cessionars in der Form des directen Gegenbeweises entgegensetzte, wie die Behauptung, daß die erwiesene Schenkung nur simulirt sey, dazu benutzen würde, eine Aufhebung des ursprünglichen Forderungsrechts des Cedenten zu behaupten, so würden sie aufhören, den Legitimationspunkt zu betreffen und die Einrede in der Hauptsache bilden, und hier würde auch der Cedent neben dem Cessionar dem debitor cessus gegenüber intervenirende Parthei seyn, und also auch gegen ihn res judicata entstehen können.

In der letztern Beziehung kann denn auch die eigne Erklärung des Cedenten nie als Zeugniß gelten, weil er testis in propria causa seyn würde, wohl aber in der erstern[43]), wenn man ihn hier überall einen Zeugen nennen kann. Dies wird da nicht bezweifelt werden, wo im Falle mangelnder Legitimation der Cedent noch befugt seyn würde, den Rest der Forderung für sich selber vom debiotr cessus zu verlangen[44]). Ist aber der aufgestellte Grund der Cession eine

zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus denken, wenn jener von diesem forderte, was er dem Cessionar zu zahlen genöthigt wäre (durch geschehene Anerkennung seiner Legitimation, Urtheil) oder schon gezahlt hätte.

43) A. M. sind diejenigen, welche dem Cedenten in allen Fällen den Anspruch auf den Ueberschuß absprechen. Vgl. Thibaut Syst. d. P. R. (7. Ausg.) §. 80 a. E.

44) Der vom Cessionar zu führende Beweis verliert durch die Zulassung des Zeugnisses des Cedenten auch die Schwierigkeit, welche man bei der Ausschließung desselben darin finden muß, und damit verschwindet denn auch die Unbilligkeit, welche Burchardi a. a. O. S. 200—202. darin findet, vom Cessionar den Beweis der

donatio, so bewirkt die Legitimation, wenn der debitor cessus zu gehöriger Zeit die Einrede des Erlöschens der ganzen oder theilweisen Forderung vorgeschützt hat, weiter nichts, als daß nun der Streit zwischen dem debitor cessus und dem Cessionar zu einer res judicata führt, welche auch für und gegen den Cedenten gilt, und es hiezu nicht noch eines neuen Prozesses zwischen dem letztern und dem debitor cessus bedarf [45]). Und dies kann kein Grund seyn, seiner Erklärung die legitimirende Wirkung abzusprechen. — Daß es aber dieser Erklärung noch neben der Cession bedarf, ist gerade die Besonderheit der Anastasischen Vorschrift, welche Uebervortheilung des Cedenten durch Ertheilung der Cession verhindern wollte, aber ihm nicht die Befugniß raubte, seine Rechte auf andere Weise aufzugeben oder eine bloße Bevollmächtigung vorzunehmen.

VII.

Ueber den Grund der Verbindlichkeit des Erzeugers, sein uneheliches Kind zu ernähren.

Von Herrn F. B. Busch,

Regierungsrath in Arnstadt.

Ueber den Grund der erwähnten Verbindlichkeit herrscht bekanntlich eine große Verschiedenheit der Meinungen. Die neuesten Erörterungen dieses Gegenstandes finden sich im Archive für die civilistische Praxis [1]) und in der Zeitschrift

---

Zahlung der vollen Valuta zu fordern; abgesehen davon, daß diese Unbilligkeit doch wohl keinen rechtlichen Grund abgeben könnte, ihn von der Beweislast zu befreien.

45) Vergl. S. 8. Note 30.

1) Heerwart über die Verbindlichkeit, uneheliche Kinder zu ernähren, Bd. XIV, no. XVIII, S. 435, und dann wieder Bd. XVII,